

Visto il tenore della domanda rivolta dalla Selected Textile S.A. di Atene agli arbitri, e cioè l'ottenimento del risarcimento del danno in relazione ad un contratto di fornitura non onorato, il dispositivo del lodo emanato al termine della medesima procedura, nonché l'atteggiamento con cui le parti si sono fronteggiate nel corso del giudizio di appello, per cui la convenuta in sede di precisazione delle conclusioni parlava di arbitrato irrituale, mentre l'attrice si avvaleva dell'impugnazione per nullità ex art. 829 c.p.c, ritengo (e mi auguro!) che volontà comune delle parti fosse quella di dar vita ad una procedura arbitrale e che tale denominazione sia solo un errore, privo di qualunque implicazione. Se così non fosse, infatti, quanto detto finora sarebbe del tutto irrilevante, almeno in relazione al caso in esame ⁽⁸⁾.

SERENA BALDI

⁽⁸⁾ Per una distinzione tra gli istituti dell'arbitrato, dell'arbitraggio e della perizia contrattuale, vedi per tutte; Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Mass. Giur. it.*, 2002; « La diversità di funzione tra gli istituti dell'arbitrato e dell'arbitraggio — composizione di una lite quanto al primo, integrazione del contenuto negoziale quanto al secondo — comporta che presupposto fondamentale dell'arbitrato è l'esistenza di un rapporto controverso, che, invece, difetta del tutto nell'arbitraggio, con la conseguenza che quest'ultimo, pur trovando applicazione in numerosi contratti tipici, non è configurabile nella transazione, della quale è presupposto essenziale una controversia attuale o prevista » e Cass., 29 ottobre 1999, n. 12155, in *Mass. Giur. it.*, 1999, secondo cui: « Allorquando le parti di un rapporto giuridico conferiscono ad un terzo l'incarico di svolgere, in base alla sua specifica capacità tecnica, constatazioni e accertamenti, il cui esito esse si impegnano ad accettare, ricorre l'ipotesi della perizia contrattuale, la quale si differenzia sia dall'arbitrato rituale o irrituale con cui le parti tendono (in diversi modi) alla definizione di una controversia giuridica, sia dell'arbitraggio avente ad oggetto l'incarico di determinare uno degli elementi del negozio in via sostitutiva della volontà delle parti;... »; CRISCUOLO, *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. giur.*, Agg., 2000, 61-76; GABRIELLI, *Arbitraggio*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ. I, Torino, 2003, 125-144.

II) STRANIERA

Sentenze annotate

STATI UNITI - COURT OF APPEAL of FLORIDA (3rd District); sentenza 1^o maggio 2002, No. 3D00-657 — Benefit Association International, Inc. (US) v. Mount Sinai Comprehensive Cancer Center (US).

Arbitrato internazionale - Riconoscimento della convenzione di arbitrato - Applicabilità della Convenzione di New York del 1958 e del US *Federal Arbitration Act* - Sede dell'arbitrato - *Forum selection clause* - Contrarietà all'ordine pubblico - Onere della prova - Impugnazione del provvedimento di I grado - Annullamento parziale.

Le determinazione convenzionale della sede dell'arbitrato si presume valida ed efficace e deve essere resa esecutiva a meno che non ricorrano alcune particolari circostanze tra cui l'ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico. La compromissione di esigenze di ordine pubblico deve essere dimostrata in giudizio e a tal fine non è sufficiente rilevare l'assenza di collegamento tra la controversia e lo Stato eletto quale sede dell'arbitrato. A tale conclusione si perviene sia nel caso in cui si ritenga applicabile la Convenzione di New York del 1958 sia laddove si decida per l'applicazione del Florida International Arbitration Act.

CENNI DI FATTO. — Victor Setton (Setton), residente a Panama, stipula con la Benefit Association International, Inc. (Benefit) un contratto di assicurazione internazionale sulla salute, sottoscrivendo un formulario in lingua spagnola. Il suddetto formulario fa riferimento agli uffici amministrativi di Miami in Florida della Compagnia assicuratrice, e viene presentato all'attenzione della stessa Compagnia a mezzo del suo agente panamense. Ricevuto il formulario, la Benefit spedisce all'indirizzo indicato dal richiedente una polizza assicurativa scritta in inglese e contenente una clausola con la quale si prevede il diritto dell'assicurato di contestare eventuali disposizioni contrattuali entro 10 giorni. La polizza contiene una clausola compromissoria che fissa la sede dell'arbitrato in Jackson, Mississippi.

Tra l'aprile del 1997 e il febbraio del 1998, Setton si sottopone a cure mediche presso il Mount Sinai Comprehensive Cancer Center (Mount Sinai) ma la Benefit rifiuta di pagare le relative spese, argomentando che in quel periodo Setton non risulta coperto dall'assicurazione. Il Mount Sinai, quale parte cessionaria del contratto di assicurazione, inizia un procedimento innanzi ai giudici della Florida nei confronti della Benefit e di Setton: rispetto a quest'ultimo l'azione viene in un

secondo momento dimessa mentre, da parte della convenuta Benefit è sollevata l'eccezione di incompetenza del giudice adito. Il giudice di primo grado accoglie l'eccezione ai sensi dell'art. II della Convenzione di New York del 1958, ma dichiara per ragioni di ordine pubblico che l'arbitrato dovesse svolgersi in Florida.

Impugnata la decisione davanti alla competente Corte d'appello, la pronuncia di primo grado viene parzialmente annullata dalla sentenza in oggetto, proprio per la parte in cui impone la scelta della Florida quale sede dell'arbitrato.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — The insurance contract at issue provides for commerce among the states, territories and foreign nations as described in the United States Arbitration Act, (the Federal Arbitration Act) U.S.C. Sects. 1 and 3, and is governed by the [1958 New York Convention], adopted and incorporated as Chapter Two of the Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. Sects. 201-208. The Federal Arbitration Act, under which the Convention is implemented, governs the enforcement, validity and interpretation of arbitration provisions in commercial contracts in state and federal courts. Chapter Two of the Federal Arbitration Act establishes a strong presumption in favour of arbitration of international commercial disputes. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 87 L.Ed.2d 444, 105 S. Ct. 3346 (1985); *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 41 L.Ed.3d 270, 94 S.Ct. 2449 (1974). As an exercise of Congress' treaty power and as federal law, « the Convention must be enforced according to its terms over all prior inconsistent rules of law ». *Sedco, Inc. v. Petroleos Mexicanos Mexican Nat'l Oil Co. (Pemex)*, 767 F.2d 1140, 1145 (5th Cir. 1985). Absent some exceptions not applicable here, federal rather than state law governs international arbitration agreements. *General Electric Co. v. Deuts Ag.*, 270 F.3d 144, 154 (3d Cir. 2001).

Sect. 202 of the Federal Arbitration Act defines which arbitration agreements and awards are enforceable under the Convention:

« (a) an arbitration agreement or arbitral award arising out of relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement as described in section 2 of this title, falls under the Convention. An agreement or award arising out of such a relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states ».

A court presented with a request to refer a dispute to arbitration under Chapter Two of [the] Federal Arbitration Act should conduct a very limited inquiry. The court must initially resolve four questions: (1) is there an agreement in writing to arbitrate the subject dispute?; (2) does the agreement provide for arbitration in the territory of a signatory of the Convention? (3) does the agreement arise out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial?; and (4) is a party to the agreement not an American citizen, or does the commercial relationship have some reasonable relation with one or more foreign states? If the court finds the requirements are satisfied, it must order arbitration unless it finds the agreement « null and void, inoperative or incapable of being performed ». Convention Art. II(3).

Here, the insurance policy meets the first two prongs as it expressly calls for

arbitration in the United States, a signatory of the Convention. As to the third prong, the record shows that Benefit offers its services internationally and that it engaged in foreign commerce when it formed the contractual relationship with Setton. Thus, the insurance contract at issue is commercial in nature for purposes of the Federal Arbitration Act and the Convention. As to the final prong, the international health insurance contract was designed to have reasonable relation with one or more foreign countries. The insurance contract at issue has a particular reasonable relationship with Panama because Setton applied for the insurance policy through an agent in Panama, his country of permanent residence, and he ultimately took delivery of the international insurance policy in Panama. As such, all of the requirements are satisfied. Furthermore, we find no basis to conclude that the agreement is « null and void, inoperative or incapable of being performed ». Accordingly, the insurance contract is subject to the provisions of the Federal Arbitration Act and the Convention.

Given the strong federal policy favoring arbitration, particularly in the international arena, we conclude that the trial court did not err in compelling the parties to submit the breach of contract claim to arbitration. The issue is whether the trial court erred in ordering arbitration in Florida (...).

Under Sect. 206, a court « may direct that arbitration be held in accordance with the [parties'] agreement at any place therein provided for, whether that place is within or without the United States ». U.S.C. Sect. 206. In this case, the parties agreed to arbitrate any disputes arising out of the policy or its alleged breach in a specific forum, namely, Jackson, Mississippi. Forum selection clauses, such as the one here, are presumptively valid and should be enforced, unless [the resisting party] could clearly show that enforcement would be unreasonable and unjust, or that the clause was invalid for such reason as fraud or overreaching ». *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 15, 32 L.Ed.2d 513, 92 S. Ct. 1907 (1972); see *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585, 113 L.Ed.2d 622, 11 S. Ct. 1522 (1991).

Mount Sinai argues that it would be contrary to public policy to require arbitration in Jackson, Mississippi based on the following: Setton completed Benefit's application in Spanish but was issued an insurance policy written in English; Jackson, Mississippi is a remote location that has no connection to the matter; Benefit has its claims and administrative offices in Florida; and Setton incurred the medical bills in Florida. We do not find any merit in Mount Sinai's arguments. To begin with, the record does not support Mount Sinai's conclusory claim that Setton accepted the policy without understanding or being fully informed of its contents, specifically the arbitration clause and the return policy. Upon receipt of the policy, Setton had the right to return it for any reason within ten days. However, the record indicates he accepted the policy without objecting to any of its provisions. In doing so, Setton agreed to the terms of the policy, including the arbitration clause and the forum selection clause. As Setton's assignee, Mount Sinai is bound by the terms and condition to which Setton agreed. Furthermore, Mount Sinai fails to show why arbitration in Jackson, Mississippi would be so gravely difficult and inconvenient that it would be, for all practical purposes, be deprived of an effective forum. In the absence of a showing that enforcing the forum selection clause would be unreasonable or that the clause is otherwise invalid, we find that the trial court erred in refusing to enforce arbitration in the contractual forum.

Even if we were to apply the Florida International Arbitration Act, Sects. 684.01-684.35, Florida Statute (2001), as urged by the parties, we would reach the same conclusion. Here, the trial court refused to enforce a mandatory forum selection clause. Mandatory forum selection clause should be enforced absent a showing that enforcement would be unreasonable and unjust. See *Manrique v. Fabbri*, 493 So. 2d 437, 440 (Fla. 1986); *Celebrity Cruises, Inc. v. Hitosis*, 785 So. 2d 521, 522 (Fla. 3d DCA 2000). As discussed above, Mount Sinai failed to make the showing. Thus, the trial court should have enforced the forum selection clause.

Accordingly, we reserve the order compelling arbitration in Florida and remand for arbitration to proceed in Jackson, Mississippi as provided in the insurance contract.

Determinazione convenzionale della sede dell'arbitrato e ordine pubblico.

1. La decisione in esame mette in particolare evidenza due problematiche concernenti la prima l'ambito di applicazione della Convenzione di New York del 1958, la seconda la discutibile possibilità per il giudice nazionale di censurare, in sede di riconoscimento dell'accordo compromissorio, la scelta compiuta dalle parti in lite circa l'individuazione della sede dell'arbitrato ⁽¹⁾.

Rispetto alla prima questione, è possibile sottolineare che se a New York si è stati molto attenti nel definire l'ambito operativo dell'elaboranda Convenzione con riferimento all'esecuzione del lodo arbitrale, la normativa concernente il riconoscimento degli accordi compromissori è stata oggetto di minore riflessione. È indubbio che le ragioni di ciò vadano ricercate nei lavori preparatori, essendo noto che soltanto nella parte conclusiva dei lavori della Conferenza, si è deciso di abbandonare l'idea originaria basata sull'adozione di due Trattati distinti e al contempo di inserire nella Convenzione dedicata all'esecuzione del lodo arbitrale straniero, un articolo che riguardasse la convenzione di arbitrato ⁽²⁾; era pertanto inevitabile che la normativa concernente i procedimenti di riconoscimento di tali convenzioni

⁽¹⁾ È opportuno sottolineare come nel caso di cui si tratta ci sia stata una cessione di contratto da parte dell'assicurato Setton a favore del Mount Sinai, che, anche se non originario contraente della clausola compromissoria, risulta alla medesima vincolato per effetto della cessione. Dal momento che la pronuncia in commento non fa alcun riferimento al problema della cessione contrattuale, che dà per risolto a monte, di tale problematica non ci si occuperà nel corso della trattazione.

⁽²⁾ Sulle motivazioni per cui si è deciso in Conferenza di abbandonare l'idea originaria di elaborare, su modello delle precedenti esperienze di Ginevra del 1923 e del 1927, due testi distinti e separati relativi rispettivamente all'esecuzione del lodo arbitrale straniero e dell'accordo compromissorio v., per tutti, DOMKE, *The United Nations Conference on International Commercial Arbitration*, in *AJIL*, 1959, 414 ss.

risultasse per certi aspetti incompleta, e che un lavoro molto delicato in tal senso sarebbe stato affidato all'interprete.

Ebbene, essendo la disciplina convenzionale silente sul punto, proprio all'interprete si chiede di verificare se la Convenzione di New York possa dirsi applicabile a quegli accordi compromissori che prevedano una sede arbitrale nel territorio dello Stato ove l'accordo è invocato, ovvero che non contengano disposizioni in merito alla scelta della sede: per il caso di cui si discute si rientra nella prima delle due ipotesi delineate, atteso che la clausola compromissoria inerente al contratto principale elegge, quale sede dell'arbitrato, la città di Jackson in Mississippi, mentre l'avvenuta conclusione dell'accordo compromissorio viene fatta valere in Florida.

Procedendo per la questione che qui rileva, è necessario premettere che sull'argomento è stato scritto molto e da parte di autorevoli esperti della materia ⁽³⁾, il che rende questa sede inadeguata a svolgere approfondimenti sul punto: soltanto limitatamente ai profili che qui interessano, è possibile sin da ora sottolineare come, a prescindere dall'orientamento dottrinario a cui si intenda aderire, il risultato finale non cambia!

La Corte d'appello ritiene che la Convenzione di New York sia applicabile al caso di specie in quanto, il *Federal Arbitration Act* (FAA), nel rendere esecutiva in territorio USA la disciplina convenzionale in oggetto, definisce il suo ambito operativo facendo riferimento alla internazionalità dell'arbitrato anziché alla nazionalità del lodo o dell'accordo compromiss-

⁽³⁾ V. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, 1981, 61 ss. L'Autore ritiene la Convenzione di New York applicabile rispetto ad accordi compromissori che fissino la sede dell'arbitrato nel territorio dello stesso Paese ove l'accordo viene invocato, purché la controversia presenti caratteri di « internazionalità » e dunque momenti di collegamento con ordinamenti diversi. A sostegno della sua tesi l'Autore richiama legislazioni nazionali di esecuzione della Convenzione (quali il FAA statunitense o l'*Arbitration Act* britannico del 1976) che nel definire l'ambito di applicazione della normativa convenzionale, fanno riferimento al concetto di internazionalità dell'arbitrato. Sul punto v. quanto si dirà in seguito nel testo; *contra* v. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, in *Riv. dir. int. priv.*, 1968, 24 ss., ove l'Autore sostiene l'applicabilità *sic et simpliciter* della Convenzione di New York alle convenzioni di arbitrato di cui si discute, a prescindere da un'indagine sul carattere internazionale o domestico della controversia dedotta; per un orientamento ancora diverso, e maggiormente restrittivo, v. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero — Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 117 ss., secondo il quale, dovendosi applicare rigorosamente anche con riferimento all'accordo compromissorio, i criteri che delimitano l'ambito di applicazione della Convenzione di New York del 1958 rispetto all'esecuzione delle sentenze arbitrali, per l'appunto straniere, i procedimenti di riconoscimento di convenzioni arbitrali che fissino la sede dell'arbitrato nello Stato dell'esecuzione non possono considerarsi disciplinabili dalla normativa convenzionale in oggetto; dello stesso parere, BONELLI, *La forma della clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Rass. arb.*, 1983, 141 ss. (145) cui si rinvia anche relativamente alla giurisprudenza sviluppata sul punto; tra le altre decisioni, più di recente, v. Delhi High Court del 15 ottobre 1993 in *All India Reports*, 1994, 75 ss.

sorio (Sect. 202) ⁽⁴⁾. In pratica, la scelta del legislatore americano è stata quella di favorire l'applicazione della Convenzione a tutte le ipotesi di arbitrato internazionale, la cui internazionalità può essere data, oltre che dalla diversa nazionalità delle parti, dalla transnazionalità oggettiva della controversia, senza che a tal fine possa assumere rilevanza la localizzazione geografica dell'arbitrato all'interno o al di fuori del territorio statunitense.

È noto che la suddetta disposizione ha fatto molto discutere circa la sua compatibilità con il sistema normativo voluto e adottato a New York, soprattutto in considerazione del fatto che il legislatore americano, nel richiamare la nazionalità delle parti quale criterio determinante l'internazionalità del lodo, ha reintrodotto un criterio discrezionale volutamente scartato in Conferenza ⁽⁵⁾. Ora, al di là della fondatezza o meno di tali critiche, l'idea dell'incompatibilità tra la Convenzione e la normativa di applicazione USA sembrerebbe reggere nell'ipotesi in cui un lodo o accordo compromissorio, estero rispetto a un giudice americano, sia decisamente soggetto ex articolo I alla Convenzione di New York, ma ne rimanga fuori per la previsione della Sect. 202 del FAA (perché ad esempio le parti provengono dallo stesso Paese e/o la controversia non presenta momenti di collegamento significativi con altri ordinamenti nazionali); viceversa, più che di incompatibilità si dovrebbe parlare di allargamento dell'ambito operativo

⁽⁴⁾ Recita la Sect. 202 del FAA: « (a) *n arbitration agreement or arbitral award arising out of relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement as described in section 2 of this title, falls under the Convention. An agreement or award arising out of such a relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states* ».

⁽⁵⁾ V. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 17, ove, con riferimento alla norma discussa nel testo, si legge: « (a) *s the Convention does not impose the nationality of the parties as a requirement for its applicability nor does it limit its scope to international commerce (...)* Section 202 must, in principle, be deemed to be incompatible with the New York Convention on this point ». Ad avviso di chi scrive, assolutamente condivisibile appare l'opinione dell'Autore laddove la legislazione nazionale utilizzi il criterio suddetto nel tentativo di restringere l'ambito di applicazione della normativa convenzionale (soprattutto se si tiene conto del fatto che a New York si è deciso di superare il limite derivante dalla nazionalità delle parti di cui alle precedenti esperienze ginevrine — Protocollo e Convenzione di Ginevra rispettivamente del 1923 e del 1927, per le quali si rinvia a MEZGER, *Zur Auslegung und Bewertung der Genfer Schiedsabkommen von 1923 und 1927*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* nonché a GREMINGER, *Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit*, Winterthur, 1957), ma non anche nel caso contrario in cui, invece, l'uso del suddetto criterio possa servire a estendere l'ambito di operatività della stessa disciplina. Sul punto v. le argomentazioni addotte nel testo, suffragate, implicitamente, dallo stesso Autore quando sostiene la tesi dell'applicabilità della Convenzione di New York a favore di quegli accordi compromissori che fissano la sede nel territorio dello Stato ove l'accordo viene invocato (o che nulla stabiliscono in merito) ma che, allo stesso tempo, presentano un qualche collegamento con ordinamenti diversi, *ibidem*, 63 ss.

della disciplina convenzionale, nel caso in cui un lodo o accordo compromissorio, seppur domestico rispetto al giudice nazionale statunitense, sia comunque inquadrabile nell'ambito di applicazione del FAA e dunque della stessa Convenzione, per il suo carattere « internazionale ». Ciò che si intende dire è che nella prima ipotesi verrebbero a essere sottratte alla Convenzione di New York situazioni, di fatto o di diritto, che la stessa è invece chiamata a disciplinare, non garantendosi di conseguenza la sua fedele esecuzione nell'ordinamento interno; nella seconda, invece, il suo ambito di applicazione verrebbe a essere allargato senza per ciò registrarsi implicazioni di sorta riguardo all'obbligo di esecuzione dei trattati internazionali: è come se il legislatore nazionale decidesse di dettare una disciplina normativa anziché *ex novo*, rinviando a una preesistente normativa convenzionale, opzione che ogni legislatore sembrerebbe libero di esercitare, quanto meno dal punto di vista del diritto internazionale.

Ora, è proprio questa seconda ipotesi a concretizzarsi nel caso di specie: atteso che l'attività di assicurazione in oggetto è svolta dalla ricorrente a livello transnazionale e atteso che al momento della conclusione dell'accordo compromissorio una delle parti risiedeva in Panama, il rapporto litigioso presenta momenti di collegamento con diversi ordinamenti *ergo*, in virtù di quanto si legge nella Sect. 202 del FAA e per le argomentazioni di cui sopra, la Convenzione di New York può dirsi applicabile ⁽⁶⁾.

2. Fatta chiarezza sulla prima questione, rimane da verificare se e in che misura il giudice nazionale possa sindacare, in sede di riconoscimento dell'accordo compromissorio, la scelta sulla sede dell'arbitrato espressa dalle parti in lite.

Per il caso di cui si tratta, su proposta della società assicuratrice e con l'accettazione tacita dell'assicurato (che poi ha ceduto la sua posizione contrattuale al Mount Sinai), la sede dell'arbitrato è stata fissata nello Stato del Mississippi e in particolare nella città di Jackson. Il giudice di primo grado ha correttamente rinviato le parti davanti agli arbitri, ma ha imposto che l'arbitrato si svolgesse in Florida, essendo la scelta del Mississippi quale sede arbitrale contraria a ragioni di *public policy*. In sede di impugnazione, la Corte d'appello ha parzialmente annullato, con la decisione in oggetto, la pronuncia del giudice di I grado, facendo salva la scelta compiuta dalle parti circa la determinazione della sede, sulla base del seguente ragionamento: in virtù dell'orientamento giurisprudenziale seguito dalle

⁽⁶⁾ A scanso di equivoci, la Corte sottolinea come, anche laddove dovesse ritenersi applicabile la legge nazionale dello Stato della Florida, e cioè il *Florida Arbitration Code* Sects. 682.01 ss., le conclusioni nel merito non sarebbero diverse. Sul punto, tuttavia, si ritornerà nel prosieguo della trattazione (130-131).

corti statunitensi in tema di *forum selection clauses* ⁽⁷⁾, una scelta negoziale delle parti in lite sulla definizione del foro competente si presume valida ed efficace e deve essere resa esecutiva a meno che non ricorrano circostanze specifiche; in particolare, il giudice adito può decidere di non garantire l'effettività di tale scelta in presenza di:

- a) *unreasonable and unjust* nell'esercizio dell'azione giudiziale davanti al giudice convenzionalmente indicato;
- b) *undue influence or overweening bargaining power*;
- c) frode esercitata da una delle parti nella determinazione del giudice competente;
- d) tradizionali motivi di nullità del contratto;
- e) contrarietà a ragioni di *public policy* ⁽⁸⁾.

È invero a quest'ultimo motivo che ha fatto riferimento il Mount Sinai il quale, tuttavia, presumendosi *iuris tantum* la validità della scelta del « foro », avrebbe dovuto dimostrare, fornendo prove adeguate, la concreta presenza di una simile contrarietà. Al di là della definizione nel merito del concetto di ordine pubblico, dal punto di vista del giudicante la prova non è stata fornita, non potendosi assolutamente ritenere sufficiente a integrare una contrarietà alla *public policy*, il fatto che Setton avesse compilato in spagnolo l'*application form*, per ricevere poi una polizza assicurativa redatta in lingua inglese; o ancora il fatto che in Florida fossero situati gli uffici amministrativi della Benefit e che sempre in Florida Setton avesse ricevuto le cure mediche controverse, con la conseguente inesistenza di qualsivoglia collegamento del contratto litigioso con lo Stato del Mississippi ⁽⁹⁾: soprattutto alla luce di una giurisprudenza che in maniera prevalente negli ultimi anni tende a ricostruire in termini molto ristretti la nozione di ordine pubblico ⁽¹⁰⁾, e con essa a rafforzare le esigenze probatorie connesse sul piano processuale, le conclusioni cui perviene la Corte d'appello circa

⁽⁷⁾ *V. Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* 407 U.S. 1 (1972) o anche *Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute* 499 U.S. 585 (1991).

⁽⁸⁾ La ripartizione riportata nel testo e relativa ai motivi per cui il giudice adito può decidere di non dare esecuzione a una *Forum Selection Clause* non è contemplata da nessuna disposizione normativa vincolante; trattasi invero di una sintesi sistematica dell'orientamento seguito in materia dalle corti americane compiuta da PADEN, *Choice of Law, Choice of Forum and Arbitration Clauses Override U.S. Security Rights: Riley v. Kingsley Underwriting Agencies, Ltd.* in *The Transnational Lawyer*, 1993, 435 ss.

⁽⁹⁾ Si noti che la sentenza in esame non distingue tra violazione dell'ordine pubblico e esigenze di tutela della parte contrattualmente debole o irragionevolezza della scelta di una determinata sede: nell'esaminare la questione la Corte d'appello si limita a considerare non soddisfatto l'onere probatorio gravante sulla ricorrente il che rende superflua una distinzione lucida e precisa fra i vari motivi per cui sia possibile non dare esecuzione a una *forum selection clause*; diversamente si dica rispetto alla prospettiva di analisi accolta nel testo, che viceversa impone un'adeguata separazione della contrarietà all'ordine pubblico rispetto agli altri « grounds for refusal »; sul punto v. *infra* nota 23.

⁽¹⁰⁾ *V. Shark v. Alberto-Gulver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Mitsubishi Motors Corp.*

l'onere della prova possono considerarsi più che condivisibili anche se, ad avviso di chi scrive, la questione in esame poteva, e forse doveva, essere affrontata e risolta diversamente.

È inutile ricordare le implicazioni sottese alla scelta della sede dell'arbitrato sia per quel che concerne gli interventi giudiziali a sostegno della procedura arbitrale, sia con riferimento a eventuali procedimenti di impugnazione e di esecuzione ⁽¹¹⁾: nella stessa Convenzione di New York, è proprio la sede il primo criterio utilizzato per determinare la nazionalità del lodo ed è di conseguenza proprio il concetto di sede a delimitarne in gran parte l'ambito di applicazione ⁽¹²⁾. Alla luce di queste tante e importanti conseguenze, è evidente che l'individuazione della sede non può che essere frutto di una decisione rimessa alla comune volontà delle parti, potendosi eventualmente prevedere la possibilità di un intervento esterno per il solo

v. *Soler Chrysler-Playmouth, Inc.* 473 U.S. 614 (1985); *Vimar Seguros y Reaseguros S.A. v. M/V Sky Referrher Engines*, 515 U.S. 528 (1995).

⁽¹¹⁾ Sull'argomento, v. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, 131 ss.; FUMAGALLI, *La sede dell'arbitrato nel Regolamento I.C.C.*, in questa Rivista, 2001, 619 ss.; CECHELLA, *La sede dell'arbitrato*, *ibidem*, 189 ss.; DERAÏNS-SCHWARTS, *A Guide to the New I.C.C. Rules of Arbitration*, The Hague-London-Boston, 1998, 201; GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2001, 19 ss.; a titolo esemplificativo, invece, si ricordi che alla stregua della normativa italiana (e non solo!) è la sede dell'arbitrato a determinare in base alla disposizione normativa di cui all'art. 810, II co., l'autorità giudiziale competente a sostenere il procedimento arbitrale laddove fosse necessario procedere a integrazioni del collegio arbitrale (art. 809 II co.); è la sede dell'arbitrato a individuare l'autorità competente a provvedere a sostituzioni o ricusazione degli arbitri (artt. 811, 813, III co. e 815, II co.); è sempre la sede arbitrale a consentire l'individuazione della giurisdizione competente a concedere l'omologazione del lodo arbitrale (art. 825, II co.), a conoscere dei procedimenti di impugnazione per nullità (art. 828, I co.) nonché di revocazione e opposizione di terzo (art. 831, IV co.).

⁽¹²⁾ VAN DEN BERG, *op. cit.*, 12 ss., ove si ribadisce che la disposizione normativa di cui all'articolo I della Convenzione di New York, nel definire il suo ambito di applicazione, fa leva su due criteri: il primo è quello della sede dell'arbitrato mentre il secondo, che è da considerarsi aggiuntivo rispetto al primo, e non sostitutivo, fa riferimento a quelle sentenze arbitrali che, pur se nazionali in base al I criterio, potrebbero essere considerate straniere sulla base di criteri diversi utilizzati dal legislatore nazionale. Potrebbe cioè capitare che il giudice dello Stato ove ha sede l'arbitrato sia chiamato a qualificare quel lodo o quell'accordo compromissorio come straniero perché il legislatore nazionale ha voluto utilizzare quella facoltà offertagli dall'art. I della Convenzione, indicando, a fianco al criterio della sede, un criterio differente quale potrebbe essere quello della *lex arbitratu*: al riguardo si noti che sebbene il testo convenzionale faccia riferimento ad altri criteri in generale, in concreto, secondo quanto emerge dai lavori preparatori, è proprio al criterio della legge di regolamentazione della procedura arbitrale che si è voluto dare rilevanza. Proprio a tal fine era stata avanzata dai delegati di Francia e della R. F. di Germania la proposta dell'inserimento di un secondo criterio di definizione dell'ambito di applicazione della Convenzione di New York; v. a tal proposito il *Rapport of Working Party no. 1*, concernente l'art. I(1) (UN DOC E/CONF. 26/L. 42) nonché i verbali della discussione tenuta al 16th Meeting della Conferenza (UN DOC E/CONF. 26/SR. 16).

caso in cui i litiganti non siano in grado di pervenire a una determinazione comune ⁽¹³⁾.

«Ora, nel caso di cui si tratta una scelta precisa c'è stata ma si è cercato di non farla valere in sede giudiziale richiamando un tipo di *test* che, invero, le corti statunitensi hanno elaborato con riferimento a scelte negoziali di foro competente: in pratica, in tutti i casi menzionati dalla stessa Corte, la *jurisdiction* di un giudice dello Stato è stata convenzionalmente derogata a favore di un altro giudice statale e non a favore di un giudice privato, differenza quest'ultima di non poco conto per l'analisi che si sta conducendo. A ben vedere, il rischio della compromissione di esigenze di ordine pubblico, nel caso di *forum selection clause*, deriva essenzialmente dal fatto che, derogandosi alla *jurisdiction* del giudice nazionale a favore di un altro giudice statale, quest'ultimo, applicando in base al principio della *lex fori* le proprie norme di conflitto, potrebbe risolvere la controversia presentata alla sua attenzione alla luce di norme sostanziali diverse da quelle che avrebbe applicato il giudice altrimenti competente; il che porta con sé il rischio di una soluzione non compatibile con le esigenze di *public policy* sottese alla normativa all'uopo predisposta dal legislatore nazionale. Ebbene, con riferimento all'ipotesi di una soluzione arbitrale della controversia, un simile rischio non sembra tanto connesso alla individuazione della sede, mancando per gli arbitri una vera e propria *lex fori*, quanto alla stessa presenza dell'accordo compromissorio ⁽¹⁴⁾: a prescindere, infatti, dalla localizzazione geografica dell'arbitrato, è proprio la presenza della conven-

⁽¹³⁾ Si veda, ad es., quanto al riguardo stabiliscono l'articolo 14 del nuovo Regolamento ICC e la disposizione normativa di cui all'articolo 816, I comma, del nostro codice di rito. Rispettivamente, ai fini della questione che qui interessa le due norme citate recitano: «(1) *la Cour fixe le lieu de l'arbitrage à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci*»; «(1) *e parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri nella loro prima riunione*».

⁽¹⁴⁾ Anche se la cosa non rileva direttamente con riferimento al caso in esame, lo stesso dicasi per le altre circostanze individuate dalla giurisprudenza delle corti USA e riportate nel testo, in presenza delle quali sia possibile non dare esecuzione alla scelta negoziale delle parti circa la definizione del foro competente. È infatti difficile poter immaginare che il comportamento fraudolento di una delle parti vizi soltanto la scelta della sede e non travolga l'intera clausola compromissoria; così come è difficile poter valutare *a priori* l'ingiustizia o l'irragionevolezza che si possa riscontrare nell'esercizio dell'azione giudiziale davanti al giudice scelto. Nel caso di procedura arbitrale, infatti, la scelta della sede non vincola in questo luogo lo svolgimento dell'attività «istruttoria» (sul punto, per tutti, v. FUMAGALLI, *op. cit.*, 632-635) per cui, è soltanto *a posteriori* che si potrà valutare il concretizzarsi di un'ingiustizia tale da determinare la violazione del principio del contraddittorio, di per sé motivo di negazione dell'*exequatur*, secondo quanto previsto dall'art. V della Convenzione di New York (in particolare art. V, 1 lett. b). È anche vero, tuttavia, che una valutazione *ex ante* su quanto la normativa nazionale dello Stato-sede stabilisce, e riguardo alla procedura arbitrale, e riguardo ai rimedi giudiziali relativi al lodo, potrebbe portare il giudice nazionale a ritenere la scelta di quella sede quale ingiusta o irragionevole: la conoscenza o quanto meno la conoscibilità della normativa nazionale da parte dei litiganti induce a ritenere che poiché la

zione arbitrale a comportare il rischio dell'applicazione di una normativa sostanziale diversa, o perfino di una soluzione equitativa, e a sottrarre *jurisdiction* al giudice dello Stato. È pur vero che ove la sede venga fissata nell'ambito del territorio nazionale, il giudice statale avrebbe la possibilità di esercitare un controllo *ex post* sulla soluzione arbitrale in sede di impugnazione ma, ad avviso di chi scrive, non sembra essere questo un rilievo sufficiente a giustificare l'imposizione della sede da parte del giudice. Riflettendo sul punto, è facile notare che anche in questo caso al giudice nazionale verrebbe sottratta la cognizione piena nel merito della controversia e che quel controllo *a posteriori* svolto in sede di impugnazione consentirebbe di evitare violazioni possibili di *public policy*, non più efficacemente di quanto non possa accadere in sede di esecuzione. Ove la sede dell'arbitrato fosse ubicata all'estero, infatti, perché il lodo reso al termine di quella procedura possa produrre effetti in un altro ordinamento, sarebbe necessario richiedere l'*exequatur* ed è noto che, tra i *grounds for refusal* rilevabili d'ufficio, previsti dalla Convenzione di New York, si annovera la violazione dell'ordine pubblico: nel caso dunque di compromissione di esigenze pubblicistiche, il giudice nazionale potrà negare l'esecuzione, con la conseguenza che quel lodo non potrà produrre effetti di alcun tipo nell'ambito di quell'ordinamento nazionale.

In sintesi, laddove si preferisse la giustizia arbitrale a quella statale, semmai ci fosse il rischio di una violazione dell'ordine pubblico, questo deriverebbe dalla presenza dello stesso accordo compromissorio, non tanto dalla scelta della sede, dacché deriva l'impossibilità per il giudice nazionale di sindacare in sede di riconoscimento della convenzione arbitrale e per questo motivo, la determinazione della sede compiuta dalle parti in lite. A simili conclusioni, del resto, si perviene anche partendo dallo studio della stessa Convenzione di New York del 1958 e in particolare dalla disposizione normativa di cui all'art. II che si limita a imporre al giudice nazionale lo *stay* del procedimento e il rinvio delle parti all'arbitro, a meno che l'accordo compromissorio non sia «*null and void, inoperative or incapable of being performed*» ⁽¹⁵⁾. Lasciando da parte il problema dell'interpretazione di ogni singola espressione utilizzata, che non rileva ai fini di que-

scelta di quella sede è stata fatta in piena autonomia non è ammesso nessun sindacato da parte dell'autorità giudiziaria nazionale; del resto neanche la Convenzione di New York sembra attribuire alle giurisdizioni statali, in sede di riconoscimento delle convenzioni arbitrali, un potere di indagine e valutazione così ampio. Sul problema della «effettività» della negoziazione della clausola v. invece *infra* nel testo nonché nelle note 23 e 26.

⁽¹⁵⁾ V. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 126-128. L'Autore fa notare che laddove non si ritenesse applicabile anche in sede di riconoscimento dell'accordo compromissorio la norma di conflitto di cui all'art. V, 1 comma, lett. a), il giudice nazionale dovrebbe individuare la legge applicabile alla convenzione di arbitrato in base alla propria *lex fori* con la conseguenza che la legge regolatrice dell'accordo potrebbe cambiare di volta in volta a seconda della nazionalità del giudice, e con essa potrebbe di volta in volta cambiare il sindacato di validità dello

sto scritto, l'indagine che il giudice nazionale è chiamato a svolgere sembrerebbe essere volta semplicemente a verificare se esiste una convenzione di arbitrato e se la stessa sia sommariamente valida ed efficace, senza esserci spazio per un'indagine sul contenuto materiale dello stesso compromesso. Tuttavia, da parte di molti Autori, è stato sostenuto che il suddetto articolo debba essere letto in chiave sistematica e in collegamento con le altre disposizioni contenute nella Convenzione ⁽¹⁶⁾, tra cui l'articolo V che enuclea quelli che sono gli unici motivi ostativi all'esecuzione del lodo arbitrale e che, in un discorso di interpretazione sistematica, varrebbero anche con riferimento all'accordo compromissorio ⁽¹⁷⁾. Ebbene, pur in questo ordine di idee, la determinazione negoziale della sede dell'arbitrato non sembra censurabile sotto il profilo dell'ordine pubblico: ormai da più voci in dottrina, anche grazie a quanto in materia stabiliscono alcuni regolamenti di arbitrati amministrati e alcune leggi nazionali, si sostiene che nella determinazione della localizzazione geografica dell'arbitrato non è assolutamente richiesto un collegamento, seppur minimo, tra il rapporto giuridico litigioso e l'ordinamento prescelto ⁽¹⁸⁾, sicché immaginare che da una

stesso compromesso: a ciò si aggiunga che in questa prospettiva la validità della convenzione arbitrale sarebbe valutata in base a normative sostanziali variabili, a seconda del momento in cui il giudice nazionale viene investito della questione, e cioè a seconda se la questione venga sollevata in sede di riconoscimento dell'accordo compromissorio o di esecuzione della relativa sentenza arbitrale. Tuttavia, sottolineandosi la ratio dell'art. II, che mira a evitare un controllo giudiziale *ex ante* eccessivamente approfondito, e rilevando il carattere di norma autonoma che la disposizione di cui trattasi, per certi aspetti riveste (ad esempio nella definizione della forma dell'accordo compromissorio), l'Autore sottolinea come di fatto la disposizione dell'art. V I lett. a) non abbia goduto di un'applicazione così frequente in sede di riconoscimento delle convenzioni arbitrali.

⁽¹⁶⁾ VAN DEN BERG, *op. cit.*, 121 ss. Sebbene l'Autore faccia molto spesso riferimento all'analogia nel supportare l'idea di applicare anche all'accordo compromissorio le norme che, per noti motivi storici di redazione della stessa Convenzione di New York, menzionano espressamente la sola sentenza arbitrale, non mancano i casi in cui lo stesso tende a una ricostruzione autonoma della norma dell'art. II. V. quanto per es. lo stesso sostiene riguardo al già affrontato problema del riconoscimento di convenzioni arbitrali che fissino la sede dell'arbitrato nel territorio nazionale dello Stato ove l'accordo viene invocato (*ibidem*, 56-57); ovvero ancora sul punto v. SANDERS, *Consolidated Commentary Vols. V and VI*, in Yearbook, 1981, 202-205 nonché GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, 127 ss., rispetto alla cui tesi si rinvia *infra* alla nota successiva.

⁽¹⁷⁾ GAJA, *ibidem*, sembra essere dell'opinione che non dovrebbe permettersi il riconoscimento in un dato ordinamento di un accordo compromissorio che porterebbe alla emanazione di un lodo inidoneo a essere riconosciuto in quello stesso ordinamento. Sottolinea BRIGUGLIO, *op. cit.*, 123, che « (q)uesto criterio non è accoglibile, in termini così drastici, per la buona ragione che al momento in cui si tratta di riconoscere e proteggere l'accordo compromissorio per arbitrato estero, non sempre può sapersi ove per l'emanando lodo sarà necessario o utile chiedere l'*exequatur*... (e) può ben darsi che l'accordo compromissorio lasci presagire un lodo idoneo ad essere recepito in forza della Convenzione in un certo Stato e non in un altro ».

⁽¹⁸⁾ V. BERNARDINI, *op. cit.* 131 ss.; CECHELLA, *op. cit.* 189 ss.; anche la disposizione

scelta tendenzialmente libera, e concepita come tale da molti sistemi giuridici nazionali, possano derivare compromissioni di sorta dell'ordine pubblico sembra quanto meno improbabile. Ciononostante, pur volendo in un certo qual senso vincolare l'autonomia negoziale dei litiganti, il giudice dell'esecuzione disporrebbe sempre e comunque di quei soli poteri garantitigli dalla Convenzione di New York: con ciò si intende dire che a fronte di una determinazione negoziale della sede dell'arbitrato che possa dirsi lesiva di esigenze di *public policy* (ipotesi ad avviso di chi scrive di ben difficile concretizzazione!), il giudice nazionale, in sede di riconoscimento dell'accordo compromissorio, potrebbe semmai decidere di non rinviare le parti agli arbitri, sul presupposto che per questo motivo l'intera convenzione arbitrale risulti invalida; certo non potrebbe, come invece ha preteso fare nel caso in esame il giudice di I grado, pretendere di determinare in positivo la sede dell'arbitrato ⁽¹⁹⁾.

Quanto detto in quest'ultimo capoverso rappresenta semplicemente una argomentazione ulteriore volta a dimostrare la assoluta impossibilità per il giudice dell'esecuzione di interferire in maniera così invasiva nelle scelte negoziali delle parti: in linea generale, è utile ricordare che la stessa non risulta decisiva nella prospettiva di analisi accolta in questo scritto, imperniata sul presupposto che non è la scelta della sede dell'arbitrato a co-

di cui alla Sect. 206 del FAA statunitense stabilisce che: « (a) court... may direct that arbitration be held in accordance with the [parties'] agreement at any place therein provided for, whether that place is within or without the United States » [nostra aggiunta]. Lo stesso Regolamento ICC esalta la libertà delle parti nella scelta della sede arbitrale, a prescindere dal collegamento che il rapporto litigioso potrebbe avere con l'ordinamento di quello Stato. Spesso, poi, la Corte di arbitrato, per le ipotesi in cui le parti non optano per la scelta di una sede specifica, fissa la sede tra Parigi e Londra, in quanto territori neutrali e con normative molto favorevoli all'arbitrato, senza considerare il problema del rapporto ordinamento-controverbia. Sul punto v. FUMAGALLI, *op. cit.*; si noti tuttavia che probabilmente diverso sarebbe il discorso nell'ipotesi in cui la scelta venisse fatta da parti in lite provenienti dallo stesso Stato e con riferimento a una controversia che non presenti momenti di collegamento con ordinamenti diversi: in tal caso potrebbe parlarsi di un intento fraudolento volto a evitare l'applicazione di norme imperative dell'ordinamento nazionale ma, al di là dei problemi che si potrebbero presentare in tale situazione, certamente non ci si trova di fronte a una simile ipotesi nel caso di cui si tratta. Sul punto v. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 19.

⁽¹⁹⁾ L'art. II(3) della Convenzione di New York stabilisce che « (t)he court of a Contracting State... refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void... ». Anche leggendo la suddetta disposizione in chiave sistematica e in considerazione di quanto dispone l'art. V(2), il giudice dell'esecuzione, verificando la validità dell'accordo compromissorio, sembrerebbe disporre semplicemente del potere di rinviare le parti agli arbitri o decidere nel merito della controversia, ove avesse giurisdizione sul caso, e non anche del potere di modificare le scelte espresse dalle parti nella convenzione di arbitrato. Se così non fosse, l'imposizione giudiziale della sede porterebbe con sé il rischio di non rendere più conveniente la stessa soluzione arbitrale, soprattutto in considerazione delle tante implicazioni che si ricollegano alla localizzazione geografica dell'arbitrato e di cui si è già discusso *sub* nel testo.

stituire una concreta minaccia per l'ordine pubblico, bensì, tale rischio si ricollega semmai alla stessa presenza dell'accordo compromissorio; ciò significa che la nozione di *public policy*, più che nel senso di limitare la volontà delle parti circa la localizzazione geografica dell'arbitrato, potrebbe essere utilizzata come criterio discernente le materie cosiddette compromettibili e anche sotto questo profilo, invero, sembra interessante fare menzione di alcuni recenti sviluppi giurisprudenziali, che offrono spunti di riflessione rilevanti per l'analisi che qui si conduce.

È noto che nei paesi di *civil law* si tende a considerare non arbitrabile la controversia concernente materie che interessano l'ordine pubblico, in quanto la presenza di interessi superindividuali implica il sacrificio degli interessi personali realizzabili nel concreto esercizio dell'autonomia negoziale; negli Stati Uniti, invece, è la stessa autonomia privata ad assumere rilevanza pubblicistica dacché deriva che i limiti all'area del compromettibile non nascono dal sacrificio dell'interesse privato in nome di quello pubblico, bensì dal contemperamento di due diversi interessi, entrambi di rilevanza pubblicistica, che sono l'autonomia negoziale da una parte e la *public policy* dall'altra ⁽²⁰⁾.

Ebbene, nell'orientamento delle corti americane degli ultimi anni, si può leggere chiaramente il consolidarsi dell'idea che sarebbe molto più opportuno svolgere una simile valutazione comparata in un momento successivo a quello del riconoscimento dell'accordo compromissorio, e cioè al momento dell'esecuzione della relativa sentenza arbitrale ⁽²¹⁾. A ben vedere, la questione non è meramente temporale ma sottende una ricostruzione dell'ordine pubblico come criterio discernente il compromettibile dal non compromettibile, del tutto nuova e foriera di importanti conseguenze. Senza volere scendere troppo nel dettaglio, la tesi che sembra essere alla base di questo nuovo orientamento vede quale limite all'arbitrabilità delle controversie, non tanto il fatto che la materia oggetto della lite interessi l'ordine pubblico, quanto il fatto che tali esigenze di tipo pubblicistico vengano di fatto disattese da un'infelice soluzione arbitrale; in altre parole, non è il coinvolgimento di interessi superindividuali ma la concreta violazione degli stessi a rendere illegittima la pronuncia dell'arbitro con la con-

⁽²⁰⁾ Sul punto e per i relativi riferimenti normativi e giurisprudenziali v. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri — Studio di diritto italiano e comparato*, Torino, 1998, 199 ss.

⁽²¹⁾ V. le decisioni riportate *sub* nota 10. Invero, nel caso *Shark* cit. il giudice americano rileva come nella comparazione tra diverse esigenze di ordine pubblico, l'esigenza di rendere gli USA un territorio appetibile per gli arbitrati internazionali viene considerata prevalente rispetto a quelle esigenze ugualmente pubblicistiche ma di diritto interno concernenti la controversia in esame; a partire dal caso *Mitsubishi* cit. invece si fa strada l'idea che ogni valutazione concernente l'ordine pubblico non può essere risolta in termini di compromettibilità della controversia dovendosi valutare *ex post* l'eventuale violazione della *public policy*.

seguenza che una simile valutazione non potrà che essere compiuta *ex post*, a procedimento arbitrale svolto e concluso ⁽²²⁾. In questo ordine di idee, va da sé che non ha senso limitare *ex ante* e per esigenze di *public policy*, l'autonomia negoziale delle parti circa la scelta dell'arbitrato quale strumento alternativo di soluzione controversie e *a fortiori*, non ha senso neanche limitarla altrimenti: pur ritenendosi che implicazioni di ordine pubblico possano eccezionalmente scaturire dalla scelta della sede arbitrale compiuta dalle parti in lite, un eventuale controllo del giudice non potrebbe che essere svolto in sede di esecuzione del lodo e non anche, come nel caso in esame, in sede di riconoscimento dell'accordo compromissorio.

Invero, l'unico motivo potenzialmente idoneo a rendere non operativa la scelta negoziale della sede, non sarebbe tanto la violazione dell'ordine pubblico quanto l'assenza di una negoziazione effettiva della clausola, per abuso della maggiore forza contrattuale di una delle parti e di cui *sub* lett. b). È da sottolineare il fatto che tale motivo di invalidazione delle scelte negoziali viene da alcuni Autori ricondotto alla nozione di ordine pubblico anche se non mancano le voci tese a considerarlo quale vizio autonomo e indipendente ⁽²³⁾: pur accogliendosi questa seconda soluzione, che appare da preferire per una diversità sostanziale degli interessi tutelati, non è molto difficile dimostrare l'impossibilità per il decidente di censurare sotto questo profilo la scelta delle parti sulla sede arbitrale.

La Convenzione di New York, all'art. V non prevede tra i *grounds for refusal* l'abuso della maggiore forza contrattuale e poiché tali *grounds* sono indicati in maniera tassativa ⁽²⁴⁾, è di immediata percezione l'esigenza di

⁽²²⁾ V. BERLINGUER, *op. cit.*, 177 ss. Secondo l'Autore anche nell'esperienza francese sarebbe questo l'orientamento maggiormente accreditato in giurisprudenza, anche se sviluppati con le pesanti critiche della dottrina che, partendo dal dato normativo, spesso perviene a conclusioni opposte. *Id.*, *ibidem*, 96 ss. cui si rinvia anche per i riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinari.

⁽²³⁾ V. *Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute*, cit. Nella *dissenting opinion* del giudice Stevens si legge che di violazione dell'ordine pubblico si possa parlare quando la scelta del foro sia « *not freely bargained for* », « *create additional expense for one party* » o « *deny one party a remedy* ». Posto che non è fine di questo scritto dare una definizione esaustiva del concetto di *public policy*, è da notare come alcuni Autori preferiscano non considerare la mancata libera negoziazione della clausola, per l'eccessivo potere contrattuale di una delle parti, quale profilo di ordine pubblico. Tra questi v. PADEN, *op. cit.*, 435-437. Si noti che la premessa è importante in quanto se la questione dovesse essere riportata nell'alveo dell'ordine pubblico, non sarebbe necessario procedere a ulteriori spiegazioni, valendo quanto precedentemente riportato nel testo.

⁽²⁴⁾ V. SANDERS, *The New York Convention*, in *International Commercial Arbitration*, II, The Hague, 293 ss. dove, in diverse occasioni, viene sottolineata la tassatività dei « *grounds for refusal* » contemplati dall'articolo V ovvero ROBERT, *La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Reveu de l'arbitrage*, 1958, 70 ss. Per la giurisprudenza, v. la vasta rassegna annuale dello Yearbook Commercial Arbitration alla voce « *Court Decisions on the New York*

far rientrare questo motivo specifico di opposizione all'accordo compromissorio, tra quelli elencati dalla Convenzione. Invero, nel caso di specie, potrebbero rilevare le ipotesi contemplate dall'art. V, I comma, lettere a) e b), rispettivamente relative all'invalidità della clausola compromissoria in base alla legge che la disciplina e l'effettiva violazione del contraddittorio. Rispetto all'ipotesi da ultima delineata, una tale valutazione potrebbe essere compiuta soltanto *ex post*, dunque con riferimento al lodo che conclude il procedimento arbitrale; rispetto al primo motivo, invece, si sottolinei che, al di là del complesso rapporto intercorrente tra tale disposizione e l'art. II della Convenzione ⁽²⁵⁾, una eventuale invalidità della scelta della sede dovrebbe ricadere sull'intero accordo compromissorio provocando in tal modo, *ex art. II*, la decisione del giudice di « *[not] to refer the parties to arbitration* » e non anche, come è accaduto nel caso specifico, di decidere autoritativamente la sede arbitrale, imposta in primo grado, nel territorio della Florida; rispetto a entrambi vale la rilevanza di tali motivi soltanto su eccezione di parte dacché consegue che, non avendo la parte interessata sollevato la questione espressamente in giudizio, il giudicante non può per tale motivo non dare esecuzione alla convenzione di arbitrato ⁽²⁶⁾. Per concludere, è bene sottolineare che, come ha affermato la stessa Corte, anche applicandosi la normativa nazionale dello Stato della Florida, la soluzione non sarebbe stata diversa visto che la legislazione nazionale ivi vigente non contiene disposizioni che possano disattendere quanto detto con riferimento al rapporto tra la scelta della sede dell'arbitrato e le ragioni di ordine pubblico. E poiché il giudice affronta il problema sul piano dell'onere probatorio, in tale prospettiva è sicuramente più facile poter pervenire a una simile conclusione già in base a una lettura superficiale del *Florida Arbitration Code* ⁽²⁷⁾. Anche qui, infatti, il legislatore nazionale ha inteso esaltare

Convention 1958», dove molte e di diversa nazionalità sono le sentenze pubblicate che affermano il principio della tassatività.

⁽²⁵⁾ V. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 154 ss ove l'Autore sottolinea la non frequente operatività dell'art. V, I comma, lett. a) in caso di esecuzione della convenzione di arbitrato, dato il carattere di norma autonoma che avrebbe la disposizione di cui all'art. II. Sul problema del rapporto tra la disposizione dell'art. II e le altre norme della Convenzione in generale v. quanto detto *sub* nota 15.

⁽²⁶⁾ È ovvio che laddove non si accogliesse l'idea espressa nel testo circa la separazione tra le esigenze di ordine pubblico e quelle di tutela della parte contrattualmente debole, quest'ultima obiezione non potrebbe essere sollevata, visto che la violazione dell'ordine pubblico rientra tra i « *grounds for refusal* » per cui è prevista la rilevanza d'ufficio. Nel merito della vicenda, appare comunque opportuno rilevare che Setton non ha neanche tentato la negoziazione della pattuizione di cui si tratta, non avendo esercitato quel *ten-day return right* previsto dalla polizza assicurativa rispetto a ogni clausola contrattuale e quindi anche con riferimento a quella compromissoria, oltre al fatto che, nel contemperamento degli interessi contrapposti delle parti, l'interesse dell'assicuratrice a risolvere ogni possibile controversia con i suoi assicurati nell'ambito di un unico ordinamento risulterebbe facilmente prevalente.

⁽²⁷⁾ V. Sects 682.02 e 682.03, par. 4 che rispettivamente recitano: « *(1) two or more*

l'autonomia negoziale delle parti nella definizione della procedura arbitrale e poiché la valutazione del soddisfacimento dell'onere probatorio risulta più che altro da una valutazione dei fatti, le conclusioni cui il giudicante perviene non potrebbero essere diverse.

ANDREA ATTERITANO

parties may agree in writing to submit to arbitration any controversy existing between them at the time of the agreement, or they may include in a written contract a provision for the settlement by arbitration of any controversy thereafter arising between them relating to such contract or the failure or refusal to perform the whole or any part thereof. Such agreement or provision shall be valid, enforceable, and irrevocable without regard to the justiciable character of the controversy; provided that this law shall not apply to any such agreement or provisions to arbitrate in which it is stipulated that this law shall not apply or to any arbitration or award thereunder»; « (2) on application the court may stay an arbitration proceeding commenced or about to be commenced, if it shall find that no agreement or provision for arbitration subject to this law exists between the party making the application and the party causing the arbitration to be had. The court shall summarily hear and determine the issue of the making of the agreement or provision and, according to its determination, shall grant or deny the application ».